

「博士学位申請論文概要書」

「日本近代法体制形成過程におけるボアソナード」

ボアソナードの人権思想を中心として

矢野 祐子



現代日本法が形成される過程においては、大きく三回の法の継受がなされた。(1)古代日本における中国伝統法の継受による律令法の形成、(2)明治維新以降の西欧法の継受による近代日本法の形成、(3)第二次大戦後の英米法の継受による現代日本法の形成である。

本稿では、明治期における法の継受を考察の対象とし、日本法の近代化がいかなるプロセスを経てわずか二〇年余りの短期間に達成されたのか、「近代法体制」の確立の軌跡をたどることを目的とする。

この日本法の近代化にとって、御雇い外国人G・E・ボアソナードの果たした役割は大きい。彼は法典編纂事業及び法学教育をとおして、日本への西欧法の導入に多大な功績を残した、まさしく「日本近代法の父」と呼ばれるにふさわしい法学者である。ボアソナードに関する先行研究の中で、筆頭に挙げられるのは、ボアソナードの法思想及び法理論を自然法思想という大きな枠組みにおいてとらえる研究である。

例えば田中耕太郎博士は「ボアツソナードの法律哲学」において、ボアソナードの自然法論に着目して法の普遍性と民族性の問題を指摘され、更にカトリック信者であるボアソナードの人道主義者としての特質が、死刑廃止論及び拷問廃止運動に結びついたと評価される。これに加えて、比較法学者としてのボアソナードという視点もまた重要である。ボアソナードは日本での法典編纂に際して、フランス法を母法としながらも、当時の欧州における最新の諸法典、諸草案を常に参酌しているのであるが、このようなボアソナードの比較法に対する深い造形が、既に来日前のグルノーブル大学時代に培われていたという野田良之博士の指摘は、ボアソナードの法思想を考えるにあたって貴重な指針を与えてくれる。これらの研究をふまえてボアソナードの全体像をまとめられたのが、大久保泰甫教授の「日本近代法の父―ボワソナード」であり、個別の法分野におけるボアソナード研究がかなりの水準に到達したと思われる現時点においても、なお彼の法理論を分析する上で多くの課題を示すものである。

本稿の序説では、最初の作業として、以上のような先学によるボアソナード研究の成果を概観し、筆者が現段階で有しているボアソナード像の輪郭を、本論に先立って示しておきたいと思う。ボアソナードの法思想の枠組みが形づくられたフランス時代、そして来日

後、ボアソナードが法典編纂作業に携わる中で起草した旧刑法・治罪法・旧民法の草案にどのような形で彼の法思想が具体化され、日本法の近代化を推し進めたのか、そのアウトラインを筆者なりの視点でまとめてみた。

さて、旧刑法はボアソナードの主導のもとで最初に完成した、泰西主義を汲む近代法典である。その中でボアソナードは、師オルトランによって確立された新古典主義刑法理論（折衷主義刑法理論）の法典化を試みている。旧刑法にあらわれたボアソナードの刑法理論の研究は、小野清一郎博士の「旧刑法とボアソナードの刑法学」に始まり、そこでは、現行刑法は旧刑法の修正の上に成立したものであり、内容的にも両者は絶縁された立法ではなく寧ろ両者には連続性が認められるという指摘がなされている。この小野博士の研究は明治十九年刊の「刑法草案注釈」（ボアソナードによる日本刑法草案の注釈書）に依拠しているが、現在では、昭和五年に復刻された早稲田大学図書館蔵「日本刑法草案会議筆記」をはじめ、ボアソナードの講義録・注釈書・意見書など多くの貴重史料が閲覧可能となっている。

そこで、本稿の第一章から第三章においては、かかる諸史料を手がかりにして、旧刑法にあらわれるボアソナードの刑法理論の再検討を試みた。中心となる史料は、旧刑法の草案作成段階で、ボアソナードと日本人起草委員との間で交わされた質疑応答を記録している「日本刑法草案会議筆記」である。ボアソナードが日本に移植しようとする近代刑法思想と、日本人起草委員が主張する律令法思想との相克、そして前者による後者の包摂の態様をここにはつきりと読み取ることができよう。

まず、第一章「旧刑法における自首条の成立」では、律令法思想を踏襲した明治初期刑法に規定されていた「自首条」が、ボアソナードによって西欧近代刑法の中にどのように受けとめられたのかを検討する。律令法の道義観念と結びついた「自首条」の原理を、ボアソナードはどのように転換して旧刑法に温存しようとしたのか、そして当時の政治状況を背景に、日本人委員側がボアソナードが想定した自首減輕制度をふたたび明治初期刑法の「自首条」へと回帰させたのであるが、その修正の態様と意義を併せて考察した。

次に「旧刑法における『祖父母父母二対スル罪』の成立」と題する第二章では、「自首条」と同じ問題意識に立ちつつ、より律令法思想の根幹に深くかかわっている「尊属に対する罪」を素材として取り上げ、律令法思想と西欧近代法の相違を浮き彫りにすることを目的とする。両者とも、尊属を尊重するという姿勢は共通でありながら、明治初期刑法では権利の主体としての個人という観念が極めて希薄であり、尊属に対する報恩主義が前面

に押し出されている。この明治初期刑法の尊属偏重主義的要素はボアソナードによって削除され、かわって個人主義的要素が刑法草案に具体化されるのであるが、ボアソナードを排除した刑法草案審査局における審査修正作業において、自首条同様に尊属に対する罪もまた日本人委員によって明治初期刑法の精神にまで後退させられてしまうのである。明治一〇年から一一年の時期にみられるこうした一連の修正は、後の明治憲法体制確立にむけての第一歩であると考えられないであろうか。

続く第三章では、ボアソナードの死刑廃止を訴える演説の史料に出会ったことをきっかけに、田中耕太郎博士によって指摘されていた人道主義者としてのボアソナード像に注目して、彼の死刑全廃論を諸史料からまとめたものである。国事犯について彼が死刑廃止を強く主張したことは江口三角教授・団藤重光博士によって既に明らかにされているが、国事犯のみならず、常事犯についても死刑を廃止すべきであるというのが、実はボアソナードの持論であった。このことを裏付けるのが明治三二年四月の死刑廃止の演説であり、また刑法注釈書からもボアソナードの真意をよみとることができる。「ボアソナードの死刑廃止論に関する一考察」でこのボアソナードの真意を明らかにし、更に何故刑法草案にボアソナードの真意が具体化されなかったのかを考察した。

さて、前述の通り、旧刑法編纂過程に関する研究は、諸史料の復刻によりかなりの進展をみており、現在では編纂過程そのものに関する史料はほぼ出尽くした観すらある。それに比べて、治罪法編纂過程に関する研究は、従来その史料的制約から手付かずの分野であった。旧刑法と並行して起草作業が進められた治罪法の起草作業における、ボアソナードの関与はいかなるものであったのか。

この点につき、慶応義塾図書館蔵にかかる村田文書に収められている二点の新史料をもとに、ボアソナードの刑事手続法の構想を考察したのが、第五章「治罪法編纂過程をめぐる一考察」である。まず治罪法編纂過程の概要を整理し、続いてボアソナードが最初に作成した草案『治罪法直訳』を素材に、彼の構想の柱であった陪審制度の分析を試みた。周知のとおり、治罪法草案に規定されていた陪審制度は井上毅の強硬なたたきかけによって削除されてしまう。ここでも、ボアソナードがもりこもうとした自由主義的要素が排斥されたのである。後の明治憲法体制に繋がる、強力な権力集中体制の確立を目指す井上毅にとって、人民の司法権へ介入は何としても阻止せねばならない課題であった。

治罪法同様に、憲法編纂過程におけるボアソナードの関与も、史料的制約から従来研究が進展をみなかった領域である。わずかに、大久保教授の「日本近代法の父」ボワソナ

ド」及び、井田進也教授「中江兆民のフランス」で、ボアソナードの憲法試案である「憲法備考」の存在のみが言及されているにすぎない。本稿では慶応義塾図書館蔵の小田切文書に収められている「憲法備考」の内容分析を中心にして、その他のボアソナードの意見書等で補いつつ、彼が日本において実現されるべき或いは実現可能な人権保障の在り方について、どのような構想を有していたのか検討を試みた。これが第四章「ボアソナードの憲法構想」である。

以上が、本稿の序説から第五章に至るまでの概略である。私のボアソナード研究の出発点は、十年前に「日本刑法草案会議筆記」に出会ったことから始まる。そこに鮮明に描き出されている西欧法と日本法が混淆する過程をたどり、ボアソナードが旧刑法に具体化したかったものは何であったのかを考察する中で、旧刑法という枠の中だけでボアソナードの法理論をとらえることの難しさを痛感した。公式の草案という形には結実しなかったものの、法典編纂作業に多大な影響を与えたと推察されるボアソナードの「憲法備考」、旧刑法と運動して起草が進められていた陪審制度を柱とするボアソナードの「治罪法直訳」などの貴重史料にあらわれたボアソナードの法理論を総合的に把握してはじめて、彼の法思想についての真の理解が可能になるのではないか。

こうした考えに基づいて不十分ながらボアソナードの法思想のあとづけを試みた。彼の法理論の背景にあるフランス大革命以降の法制度及び法思想の理解、また近代化をめざすという同一路線上にあるながらもボアソナードと人権保障の点で対局に位置すると考えられる井上毅の法思想との比較など、今後の課題は多く残されている。本稿が、明治期において西欧近代法が日本にどのように移植され、根付いたのかという問題を考える上でひとつの視点を提示できれば幸いである。